

O ESTADO REGULADOR E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

*Adalberto Pasqualotto**

RESUMO. As agências reguladoras concretizam um novo papel do Estado, num cenário de reordenação das fontes produtoras do direito. Mas o modelo não deve conflitar com a linha de interpretação judicial que se desenvolveu no vácuo criado pela perda de atualidade do Código Civil e que encontrou ressonância no Código de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Fatores modificativos da centralidade jurídica do Estado. 2.1. Poder corporativo e centralismo jurídico. 2.2. A crise global do direito estatal. 3. a composição de um novo cenário jurídico. 3.1. Regulação: um novo modelo de atuação estatal. 3.2. Regulação e legitimidade: o caso da ANS. 4. O mercado sob regulação e o papel do Judiciário. 4.1. O juiz garantista. 4.2. Regulação e proteção: rota de colisão ou vias paralelas? 5. Conclusão.

Palavras-chave: Regulação. Agências. Consumidor. Proteção.

1. Introdução

Mudou consideravelmente o cenário econômico nacional com a política de privatizações desenvolvida pelo

* Professor de Direito das Obrigações e de Direito do Consumidor na PUCRS. Mestre em Direito Civil pela UFRGS e doutorando na mesma Universidade. O texto resulta de adaptação da participação do autor como painelistas do curso sobre Direito Moderno e Estado Contemporâneo, promovido pela Faculdade de Direito de Campos, RJ, em 8/11/2000.

governo a partir de 1997. E mudou também o cenário jurídico.

Como parte de uma nova estrutura, foram criadas as agências reguladoras, destinadas a normatizar e fiscalizar a atuação das empresas nos setores privatizados, bem como em outros que, embora já estivessem em mãos de particulares, demandavam uma atenção mais concentrada.

A instalação das agências ocorreu tardiamente e sem o cuidado que era exigível. Elas só começaram a operar depois das privatizações e ainda hoje penam pela falta de pessoal com qualificação específica. Por conseguinte, o seu resultado operacional é preocupante. Ademais, é motivo de inquietação o aspecto político de sua atuação. Há o risco de que as agências dialoguem unilateralmente apenas com um dos setores interessados nas atividades econômicas reguladas, não por acaso o mais forte, ou seja, as empresas, fazendo ouvidos moucos aos consumidores ou dando-lhes um nível de atenção menor ou apenas aparente.

O objetivo deste trabalho é, em primeiro lugar, situar o quadro de ocorrências que explica as mudanças no campo do direito, situado na dimensão maior de uma crise do centralismo jurídico. Em seguida, o reposicionamento estratégico do Estado, através da regulação, que poderá devolver-lhe a regência dos fatos. E finalmente perquirir se o instrumento dessa estratégia, as agências reguladoras, é idôneo para a preservação do interesse público, particularmente quanto à proteção dos consumidores.

2. Fatores modificativos da centralidade jurídica do Estado

A globalização causa, sem excluir outros, dois impactos importantes sobre o direito: o reducionismo e a

universalização. O primeiro efeito significa a simplificação das regras jurídicas, consideradas fatores úteis ao serviço econômico, com eficácia condicionada à sua instrumentalidade e flexibilidade. O segundo é a uniformidade. O regramento jurídico gerado na matriz tende a ser repetido em todas as suas extensões de poder ou áreas de influência, sendo internalizado em diversos países.

Esses dois impactos atingem também o Estado, que fica diminuído na sua antiga posição de domínio sobre a produção jurídica.

2.1. Poder corporativo e pluralismo jurídico

O Estado-nação firmou o monopólio estatal da produção legislativa, dando lugar às grandes codificações. No seu campo de aplicação, o Código era uma síntese do poder cogente do Estado. Logo, porém, o tecido codificado se esgarçou pela edição de leis extravagantes necessárias à regulamentação de situações particulares que necessitavam tratamento legislativo diferenciado. Foram surgindo as leis de locações, de trabalho, de seguros, de crédito, de loteamento e parcelamento do solo, de condomínios residenciais etc.

Ainda que o Estado lograsse manter-se como fonte hegemônica de produção das regras jurídicas, era ameaçado pela força das empresas. Valendo-se do poder conferido à autonomia privada e de posições dominantes de mercado, as grandes corporações impuseram-se pelo fornecimento de bens e serviços mediante condições unilateralmente dispostas em contratos previamente redigidos, oferecidos *in totum* à adesão dos interessados.¹ A autonomia privada foi dissociada da igualdade,

¹ GOMES, Orlando. O poder legislativo da empresa. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 51-62.

pressuposto essencial do contrato, que se transformou num instrumento de dominação econômica.

O poder das empresas cresceu com a transnacionalização. Os mercados expandiram-se além das fronteiras estatais. O êxito nas vendas capitalizou as empresas, estimulando o mercado de ações e os investimentos em ativos financeiros. Ao capital juntou-se o avanço científico e tecnológico, formando uma combinação que pôs em xeque o poder regulamentador do Estado. Fora este compelido a uma prática assistencialista, que o fizera assumir encargos para ajudar as populações marginalizadas pelo sistema produtivo. A estrutura assistencialista foi em parte desmontada por falta de sustentação. Transfixados em seus limites territoriais pelo vendaval econômico, os Estados formaram blocos, que responderam à necessidade de homogeneizar o mercado transnacionalizado. Foram instituídas regulamentações uniformes.

Fragilizado pelos encargos assumidos, o Estado buscou o reequilíbrio de suas contas privatizando serviços públicos. Ao efeito centrípeto da globalização, que concentra poder nas mãos dos mais fortes, que inegavelmente são as grandes corporações, combinou-se uma força centrífuga da fragmentação do poder jurídico, vendo-se o Estado na contingência de negociar com os concessionários privados as condições de prestação de serviços essenciais.

A debilidade do Estado, conjugada à exponencialidade do poder das grandes corporações, deu lugar a um direito reflexivo, no qual as normas são resultados de negociações, sendo de certo modo produzidas pelos seus próprios destinatários. Estaríamos diante de um neofeudalismo, em que cada grupamento de interesses comporia o seu próprio regramento, numa constelação de micro-sistemas?²

² ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16-27.

2.2. A crise global do direito estatal

Segundo ARNAUD, o direito vive uma crise de pós-modernidade, na medida em que permanecem as formas tradicionais de produção normativa, dominada pelo Estado, em cujos interstícios infiltram-se tipos de produção jurídica extra-estatais.³

A crise manifesta-se em três graus: de substituição, de suprimimento e de suplantação do direito estatal.

A substituição ocorre num nível supranacional, pela formação dos blocos de países que se vinculam por razões determinantemente econômicas, como a União Européia, o Mercosul, o NAFTA etc;⁴ e internamente, pelo deslocamento da produção jurídica em direção aos agentes privados da economia, com o crescimento do papel desempenhado pelas corporações, dando lugar ao chamado corporativismo,⁵ constituído de códigos de conduta privados e da juridicização crescente da normalização técnica.

O suprimimento do direito estatal se dá naquelas matérias que atravessam e ultrapassam o Estado, como as questões ambientais, e que só podem ser enfrentadas em nível de administração planetária. Em matéria econômica, o suprimimento deve-se a uma *deep integration* das economias nacionais, que se misturam na chamada globalização. Os Estados traçam suas políticas

³ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. de Patrice Pierra Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 173.

⁴ Diga-se de passagem que, neste aspecto, a substituição do direito estatal ainda não ocorreu no Mercosul. Presentemente mergulhado em crise, que deixa incerto o seu futuro, o Mercosul nunca excedeu os limites de um acordo de coordenação política intergovernamental, apesar do projeto integracionista traçado no Tratado de Assunção.

⁵ Termo usado para distinguir a produção jurídica das corporações do regime político corporativista. A palavra aparece no texto em espanhol de ROTH, André-Noël. "El derecho en crisis: fin del Estado moderno?" In: *Ofati Proceedings*. N.º 20, p. 194. Na versão publicada em (FARIA, José Eduardo. (Org.).

Direito e globalização econômica. Op. cit., nota 2, p. 10) foi traduzida como "corporativismo".

econômicas, mas não são mais os donos do mercado mundial. Um exemplo de suprimento do direito estatal em questões comerciais é a regulação do GATT no comércio internacional.

Finalmente, o direito estatal é suplantado por ordens jurídicas que surgem espontaneamente ou pela ameaça de desequilíbrio internacional. Os ordenamentos espontâneos surgem pela força da economia transnacional e se manifestam, por exemplo, nos chamados mercados amigáveis ou na solução de conflitos por arbitramento. A ameaça ao equilíbrio internacional decorre da crescente ingerência externa em assuntos nacionais. Essa ingerência se dá por cima, por meio de pressões de organismos internacionais, como a ONU, que buscam assegurar a universalização da democracia; e por baixo, pela pressão de grupos internos, como os agricultores sem terra, as minorias que reclamam liberdade de comportamento sexual, grupos de ecologistas etc. Essas questões criam uma cidadania sem fronteiras. No entanto, essas populações de diferentes Estados continuam sendo afetadas por decisões de organismos que suplantam as forças do Estado, como o FMI, o Banco Mundial, o G7.⁶

Um dos reflexos da crise atual do direito é a alteração dos modelos. Está ocorrendo uma substituição do modo europeu de produção jurídica pelo modo norte-americano.

A americanização da economia brasileira é um processo mais antigo, cujos reflexos no direito são conhecidos. Inicialmente foram importados alguns tipos contratuais, como o *leasing*, o *franchising*, a transferência de tecnologia, o contrato de *shopping center* etc. Com a globalização, o modo americano de atuação jurídica espalhou-se pelo ocidente, alterando o modelo europeu, basicamente romano, que vigorava entre nós.

O modelo europeu é hierarquizado. A autoridade legal deriva de códigos, cujo prestígio é mantido por

⁶ ARNAUD. Op. cit., nota 3, p. 157 a 171.

aqueles que ocupam o ápice da pirâmide jurídica, geralmente os líderes acadêmicos e a alta magistratura. Há uma clara divisão de trabalho. Os acadêmicos não têm clientes, trabalham com o direito em estado puro, distanciados dos conflitos e das divisões sociais, mas suas opiniões freqüentemente são muito valorizadas. Eles integram o *status quo* da sociedade e sempre participaram do poder, é verdade que algumas décadas atrás bem mais do que depois da ascensão dos economistas. Os praticantes do direito, que conviviam com a realidade da vida, nunca gozaram do mesmo prestígio. O acesso aos altos postos da hierarquia era feito principalmente por conexões no trabalho e relações pessoais. A legitimidade do direito provinha do estreito relacionamento do campo jurídico com o Estado, este em si mesmo uma fonte de legitimidade (42-43).

O modelo norte-americano revela-se como uma prestação de serviços jurídicos aos negócios, que vão do *lobbying* à advocacia extrajudicial. Caracteriza-se pelos grandes escritórios de advogados, especializados em comparar ordens jurídicas diferentes, dada a diversidade do sistema federal norte-americano, sempre em busca de situações vantajosas para seus clientes. Esse modelo corporativo passou a influenciar outros campos jurídicos, inclusive o governamental. Advogados corporativos podem ocupar a alta hierarquia jurídica e são muito valorizados no mercado. (44-47).

O distanciamento voluntário que os líderes do antigo modo europeu de produção do direito guardavam da realidade econômica tornou-o contra-indicado para a nova realidade de mercado, que exige imersão na realidade e combinação de conhecimentos de diversas áreas. Cresceu o prestígio dos praticantes do direito, que operam num campo jurídico mais aberto e se relacionam com maior intensidade com os outros campos sociais, especialmente o econômico. O antigo valor da coerência

e da legitimidade legal foi substituído pelo atendimento das necessidades de inovação jurídica nos negócios.

A demanda do direito não é mais a opinião dos notáveis a respeito de questões gerais, mas informações técnicas da área jurídica, com o necessário caráter de precisão, para integrá-las em decisões diárias empresariais.

A convivência com o mercado originou uma nova classe de professores-profissionais, que produzem no curto prazo, mais preocupados com o imediatismo, deixando de lado a pesquisa de base que era a sustentação do antigo modelo.⁷

O entrelaçamento de modelos havido com a globalização também provocou uma interpenetração dos modelos jurídicos continental europeu e da *common law*, que se tornou visível especialmente na regulamentação da Comunidade Econômica Européia.

O Brasil, permeável à influência norte-americana, vem adotando o modo dos Estados Unidos na regulação das atividades econômicas, através de agências.

3. A composição de um novo cenário jurídico

Segundo Pierre Bourdieu, a sociedade é constituída por uma série de campos, inter-relacionados e semi-autônomos. Em cada campo atuam protagonistas que lutam por posições. Os campos são sistemas abertos que se inter-relacionam. É possível que o ator de um campo penetre em outro. Os conflitos se verificam então em duas dimensões: internamente, entre os atores de um mesmo campo; e externamente, entre um campo e outro.⁸

⁷ OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um engate operacional para uma sociologia do direito européia. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e globalização econômica*. Op. cit., nota 2. p. 81-104.

⁸ *Apud* DEZALAY, Yves.; e TRUBECK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo de. (Org.). *Direito e globalização econômica*. Op. cit., nota 2. p. 34.

Sendo um dos campos sociais, o direito é passível de conflitos internos e sociais, mas perseverar em dois propósitos: regulamentar a atividade econômica, de um lado, e, de outro, proteger os interesses sociais e assegurar a preservação dos direitos individuais. São papéis inseparáveis e que inevitavelmente produzem tensões.⁹

3.1. Regulação: um novo modelo de atuação estatal

Nesse novo quadro de realidade, o Estado redefine o seu próprio papel. Ao mesmo tempo em que abandona a *over regulation* que atingira, reengaja-se na ordem jurídica com uma outra forma de presentificação. Seu intento é harmonizar interesses e melhorar o funcionamento do mercado.¹⁰ Assim o Estado espera readquirir a sua legitimidade como princípio de ordem e de coesão, guardando uma posição de exterioridade e de superioridade em relação aos atores do mercado e aos interesses em jogo, mas agindo na promoção da equidade e na proteção aos mais fracos.¹¹

A reordenação da posição estratégica do Estado na economia foi deflagrada com o Programa Nacional de Desestatização – PND –, previsto na Lei 9.491/97, que serviu de instrumento de transferência para a iniciativa privada de atividades econômicas até então exploradas pelo setor público.

⁹ Ibidem., p. 33 e 38.

¹⁰ À *over regulation* sucedeu a desregulamentação. Eros Roberto GRAU precisa os conceitos: desregular é deixar de regular juridicamente. Era primordialmente esse o intento da onda neoliberal desregulamentadora. Propunha-se – e ainda se propõe – um Estado mínimo, que implicaria a dejuridificação de determinadas situações econômicas. Já a nova postura do Estado parte de que é necessário desregular para melhor regular. GRAU, Eros Roberto. ed. 1991. p. 47-49.

¹¹ Uma função de Estado-cidadela, segundo ARNAUD, André-Jean. Op., cit. nota 2. p. 175-178.

Na sequência dessa estratégia, foram criadas as agências reguladoras.

As agências são autarquias especiais. Elas se distinguem das autárquicas clássicas por aspectos jurídicos e funcionais. Os primeiros dizem respeito ao regime autárquico especial, caracterizado por autonomia administrativa e financeira, ausência de subordinação hierárquica e estabilidade dos seus diretores, que são nomeados para os cargos com investiduras de tempo fixo. Os aspectos funcionais transparecem (a) na vinculação ao cumprimento dos seus fins específicos com atenção simultânea ao interesse público e (b) pela tomada de decisões em órgãos com representação social.

As prestadoras devem submeter à aprovação da ANATEL minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários. A tarifa é regulada pela agência que tem poderes para determinar a estrutura de preços de cada modalidade de serviço. Após três anos de concessão, se for satisfatório o nível de concorrência entre as prestadoras, poderá ser instituído regime de liberdade tarifária.

A ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) foi criada pela Lei 9.427, de 26/12/96. Tem competência para dirimir administrativamente divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores de energia elétrica, bem como entre esses agentes e seus consumidores. Os diretores são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado, exercendo mandato de quatro anos. Seus objetivos submetem-se a contrato de gestão, auditado pelo Tribunal de Contas da União. As garantias da ANEEL são menores do que as da ANATEL. Ela não goza de independência, apenas de autonomia patrimonial, administrativa e financeira, prerrogativas que lhe não foram outorgadas pela lei, mas pelo Decreto 2.335, de 6/10/97, vale dizer, podem ser retiradas *ad nutum* do Presidente da República. Não há, na lei de sua criação,

uma lista de direitos dos consumidores, que viram sua importância reduzida pela revogação do parágrafo 3º do art. 8º, que previa a realização de audiência pública em processo decisório que implicasse afetação dos seus direitos ou dos agentes econômicos do setor. Dispositivo semelhante foi reproduzido, com inferioridade hierárquico-normativa, no Anexo I do Decreto 2.355, de 6/10/97, constitutivo do Regimento Interno da agência. O mesmo prevê a existência, na estrutura básica da ANEEL, de uma Superintendência de Processos Organizacionais, incumbida de instrumentar processos de informação e educação institucionais, comunicações setoriais, atendimento de reclamações e consultas dirigidas aos agentes, aos consumidores e à sociedade.

A ANA (Agência Nacional de Águas, criada pela Lei 9.984, de 17/7/2000), tem como peculiaridade a possibilidade de exoneração imotivada dos seus dirigentes, nomeados para investidura de quatro anos, nos quatro meses iniciais de exercício. As suas atribuições são elencadas sem qualquer alusão ao meio ambiente, que fica parecendo bem ignorado. A agência exerce poder normativo sobre a implementação, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, sobre a fixação de tarifas e de padrões na eficiência da prestação de serviços.

A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) foi criada pela Lei 9.961, de 28/01/2000, para cuidar da assistência privada à saúde, regulando a atividade das operadoras. Compete-lhe propor políticas e diretrizes na matéria em que atua, estabelecer as características gerais dos contratos utilizados pelas operadoras, elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para atendimento aos consumidores, normatizar mecanismos de regulação (que são estipulações de franquia e de co-participação dos consumidores no custo dos serviços a que têm direito), além de outras atribuições. Sua administração rege-se

por contrato de gestão. Seus diretores são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, para investiduras de três anos, permitida uma recondução.

(b) A sociedade está representada na ANATEL por meio do Conselho Consultivo, integrado por representantes do Senado, da Câmara dos Deputados, do Poder Executivo, e de entidades de classe das prestadoras, dos usuários e da sociedade em geral. Os membros do Conselho têm mandato de três anos. Mais amplamente, a sociedade é ouvida em consultas públicas obrigatórias sobre a instituição ou eliminação de modalidades de serviços, sobre o plano geral de outorgas e sobre o plano de metas para a progressiva universalização do serviço.

Participa da estrutura organizacional da ANS o Conselho de Saúde Suplementar, órgão consultivo integrado por representantes da própria agência, de Ministérios, de entidades corporativas, das operadoras e de consumidores.

3.2. Regulação e legitimidade: o caso da ANS

Para que a atuação de uma agência se legitime, é preciso que ela cumpra adequadamente o novo papel que o Estado assumiu, de harmonização de interesses e criação de melhoria do funcionamento do mercado, com o fim de torná-lo mais eqüitativo e equilibrado.

A regulação através das agências de controle pressupõe uma mediação dinâmica entre o interesse público e o privado. A agência deve resguardar os interesses dos consumidores e usuários, conservando a atratividade econômica que catalisa a atuação dos prestadores e fornecedores. O poder normativo entregue pelo legislador à agência converte-a num ator importante e decisivo. A um só tempo, ela deve exercer autoridade perante as empresas e zelar pela defesa dos legítimos

interesses da coletividade alvo. Do êxito nesse equilíbrio advirá a legitimidade da sua atuação. Privilegiar um pólo redundará agir em detrimento do outro. Lamentavelmente, é o que se vem observando no caso da ANS, que será tomado como referência crítica, sem a intenção de afirmá-lo como generalidade.

A assistência privada à saúde era prestada em regime de autonomia privada plena desde 1973, quando o Decreto-lei 73 admitiu a modalidade do seguro-saúde, facultando a permanência da medicina de grupo. As empresas passaram a explorar um vasto mercado, composto por todos aqueles que, oprimidos pelos altos custos da medicina particular, desejavam uma assistência médica superior à proporcionada pela previdência pública. Em poucos anos, havia mais de 40 milhões de segurados no país.

À falta de regulamentação, os contratos de adesão impunham condições desvantajosas aos segurados e associados. A livre escolha do médico, na prática, foi reduzida a uma opção dentro de uma lista de profissionais credenciados; multiplicaram-se restrições à cobertura de doenças de tratamento mais dispendioso e de permanência em unidades de tratamento intensivo; cresceram as excludentes de serviço por alegação de doença pré-existente; a idade passou a ser fator de aumento abusivo das prestações ou de rompimento unilateral do contrato etc. O clamor público e farta jurisprudência impuseram a edição da Lei 9.656, de 3/6/98, que nasceu sob forte polêmica, considerada insatisfatória pelos consumidores e inadequada pelas empresas. No dia seguinte à sua publicação, o governo modificou-a por medida provisória, transferindo o controle do setor para o Ministério da Saúde. Mais tarde foi criada a ANS.

Apesar dos protestos contra ela e não obstante a interpolação das medidas provisórias, a Lei 9.656 representou apreciável avanço, pondo termo à liberdade

anárquica até então imperante. É fácil listar algumas de suas vantagens: impôs o atendimento a todas as doenças reconhecidas pela Organização Mundial de Saúde, acabando com as exclusões de cobertura; determinou atendimento a casos de urgência e emergência, sem considerar períodos de carência; universalizou a possibilidade de acesso à assistência à saúde, mesmo aos portadores de doença pré-existente; proibiu a cessação de atendimento em unidades de tratamento intensivo por razões contratuais; disciplinou os aumentos decorrentes da idade; garantiu a permanência provisória em planos coletivos aos desempregados e aos aposentados, desde que se tornem contribuintes individuais etc.

Com a nova lei, criou-se para os consumidores antigos a possibilidade de optar entre permanecer no contrato antigo e migrar para um contrato adaptado. A grande maioria preferiu permanecer nos planos e seguros pretéritos, em vista dos altos preços cobrados pelas operadoras nos contratos novos. Nada menos do que 75% dos consumidores permaneceram imóveis nas suas posições contratuais.

Naturalmente a migração para os contratos novos seria uma opção sempre aberta aos consumidores. Numa sociedade de consumo, o convencimento do consumidor é feito à base de oferta pelo fornecedor. Preços mais módicos certamente demoveriam maior número de consumidores renitentes. Contrariamente a toda lógica de mercado, o ingrediente persuasivo chegou via legal. A Medida Provisória 2.177, na sua 43ª edição, abriu novo prazo para a migração, criando um Plano Especial de Adesão a Contrato Adaptado, de oferecimento obrigatório pelas operadoras aos consumidores, com expressa menção de obediência a uma disposição legal. Ao consumidor desprevenido e vulnerável, o assédio seria percebido como coerção.

O plano de migração dos contratos antigos é apenas um episódio de um verdadeiro processo de desregulamentação. Outros indicativos reveladores são a possibilidade de subsegmentação dos planos, permitindo às operadoras oferecer benefícios limitados que, na prática, restaurariam as cláusulas limitativas de cobertura; a hierarquização e o gerenciamento dos serviços, ensejando à operadora encaminhar o paciente a serviços especializados a critério de um “médico porteiro”; a regionalização, delimitando geograficamente a prestação dos serviços; os planos móveis, que possibilitariam a cessão de carteiras entre as operadoras.

A tendência à desregulamentação começou na primeira edição da Medida Provisória. Naquele ato, o Conselho de Saúde Suplementar - CONSU – foi autorizado a definir o conceito de cobertura, implicando limitar a Lei 9.656, que garantia medidas de tratamento adequadas a todas as doenças catalogadas pela OMS. O CONSU, incorporado pela ANS quando de sua criação, fazendo uso *ultra vires* daquela competência, limitou os transplantes de órgãos apenas a rins e córnea. A Medida Provisória reduziu o poder de polícia da ANS, dispensando a sua prévia aprovação para comercialização de planos e produtos das operadoras. Também foi suprimida a subordinação à ANS dos cartões de desconto, da cobertura de procedimento ou doença específica, das UTIs móveis ou de remoção, dos cuidados domiciliares e outros correlatos, todos negócios conexos com os planos de saúde, que assim ficam numa seara de liberdade contratual. Esses empreendimentos haviam sido colocados sob a fiscalização da ANS pela Medida Provisória 2.177-43. Trinta dias depois a regra foi suprimida. É de se perguntar por quê.

O sentido das modificações pode ser o equilíbrio econômico dos contratos. Ninguém desconhece o alto custo da medicina tecnológica, que lança na

imprevisibilidade muitos tratamentos. Não obstante a necessidade de ponderar o aspecto econômico para preservar a atratividade empresarial, as modificações não podem ser impostas por medida provisória, trazendo a reboque a agência, que deveria ser uma mediadora na regulação dos interesses em jogo. Ou a agência é ignorada e vira um títere numa política de governo submissa à pressão econômica, ou ela se oculta atrás do vigor da medida provisória, alimentando-a em essência sem assumir claramente suas posições. O resultado é o descrédito do modelo, a instabilidade jurídica e o desassossego do mercado. Pressionado pela reação negativa à Medida Provisória 2.177-43, o governo recuou e retirou da mesma, na edição subsequente, o Plano Especial de Adesão a Contrato Adaptado, a hierarquização e gerenciamento dos serviços, a subsegmentação e os planos móveis. Nesse conturbado processo a agência sempre foi caudatária da Medida Provisória, agindo sem qualquer autonomia, conforme nominalmente garante a lei de sua criação. Haveria alternativas de uma atuação melhor. Poderia haver consulta prévia aos legítimos interessados, através de audiências públicas, que tornariam as mudanças consensuais ou pelo menos legítimas pela apuração da maioria.¹² A ANS só instalou uma consulta pública posteriormente à edição da Medida Provisória, o que demonstra outra vez seu papel subordinado na condução política do setor. Se a lei de sua criação fosse cumprida, a agência agiria como proponente de políticas e diretrizes gerais ao CONSU (art. 4º, I, da Lei 9.961/2000), propiciando oportuno debate por todas as representações que compõem o plenário, inclusive dos consumidores. A legitimidade também é filha da transparência.

¹² PFEIFER, Roberto A. C. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. nº 36, p. 164-175 [172], out.-dez. 2000.

4. O mercado sob regulação e o papel do Judiciário

As agências introduzem um novo diálogo no mercado, aquele que se trava entre os atores interessados e o órgão estatal posicionado eqüidistantemente. A expectativa é o que o seu papel seja exercido sem olvido da preservação do interesse público. Não se espera propriamente um diálogo entre dois – governo e empresa –, mas um colóquio, com multilateralidade de posições e representação de todos os segmentos envolvidos, especialmente dos consumidores. Estes se habituaram, nos últimos tempos, a buscar no judiciário a satisfação de suas expectativas frustradas, calejados pela experiência de um mercado dominado pelas corporações. O êxito das agências seria atestado pela condução do diálogo com o acento das garantias embutidas nas cláusulas protetivas desenvolvidas nos tribunais e no Código de Defesa do Consumidor.¹³

4.1. O juiz garantista

A defasagem temporal do Código Civil permitiu à jurisprudência ocupar um espaço que o liberalismo jurídico não lhe permitira. A ocupação ocorreu especialmente a partir da aplicação de teorias revisoras dos contratos e da boa fé. O judiciário passou a ser o refúgio dos devedores oprimidos por circunstâncias superiores às suas forças, o que no Brasil pode ser ilustrado pela imprevisibilidade dos índices de inflação e por planos econômicos do governo.

Circunstâncias histórico-políticas contribuíram para o crescimento da jurisprudência. Combinaram-se no Brasil um capitalismo retardatário e uma democracia incipiente¹⁴

¹³ O direito do consumidor é um direito de inclusão social no dizer de MARQUES, Cláudia Lima. Palestra em Mesa Científica do BRASILCON, Porto Alegre, 1999.

¹⁴ VIANNA, Luiz Werneckb; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha.; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicilização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 150.

possibilitando que o direito – e particularmente o recurso ao Judiciário – ocupasse o vazio de instituições consolidadas. A Constituição cidadã de 1988 significou um impulso às demandas sociais. Foram inauguradas novas formas de acesso à justiça, com os juizados especiais e as ações coletivas. Logo em seguida o Código de Defesa do Consumidor positivou muitos avanços conquistados nos tribunais, conferindo maior grau de certeza aos novos direitos.

Cresceu o exercício da cidadania, produtora de igualdade e liberdade, na mesma medida em que o mercado produz desigualdade e riqueza.¹⁵

No direito privado, a boa fé teve um papel marcante. Segundo os seus postulados, as obrigações não podem ser concebidas apenas como emanções do individualismo, promontório ideológico do Código Civil. Elas exigem interpretação conforme as circunstâncias. A obrigação é um processo, que se desdobra a partir de uma fonte geradora e evolui com a exigibilidade de deveres. Alguns são próprios à prestação principal inerente à finalidade do vínculo, outros nascem de um imperativo ético. Estes últimos são revelados por circunstâncias fáticas intercorrentes no desenvolvimento da relação jurídica. A sua ocasionalidade carrega um tanto de imprevisão e de atrito potencial. Se as partes não superam o impasse por seus próprios meios, só um juiz poderá valorar os fatos, sancionando o infrator que, em face das circunstâncias imprevistas, não agiu como seria de se esperar. Portanto, a boa fé é uma cláusula geral que só adquire conteúdo com a observação de fatos da vida. Se o juiz é chamado, seus poderes se agrandam e ultrapassam a função basicamente declarativa que lhe incumbe num sistema dominado pela autonomia da vontade, especialmente nos contratos. A interpretação

¹⁵ ZOLO. Apud ROJO, Raúl Enrique. *Judicialisation des conflits sociaux et citoyenneté: le cas du Brésil de nos jours*. 2000, não publicado.

judicial da boa fé é uma válvula de abertura do sistema jurídico positivista do Código Civil, que provoca a colisão de dois valores relevantes: a conveniente flexibilidade do sistema jurídico para solucionar toda a riqueza de casos que não podem ser previstos minuciosamente, e a desejável segurança jurídica, no sentido de que a lei confere ao direito uma previsibilidade que o juiz não pode desdenhar.

O Código de Defesa do Consumidor não só positivou a boa fé (artigos 4º, III e 51, § 4º), como transformou o juiz no implementador de um programa legislativo que exige atenção a situações concretas para conferir equilíbrio e equidade às relações de consumo.

Nesse contexto, o juiz assumiu também no direito contratual um papel de garantia da realização de interesses legítimos, de acordo com a expectativa utilitarista do mercado como mediador de bens e de necessidades. O judiciário tornou-se fiador da função do mercado. ¹⁶

4.2. Regulação e proteção: rota de colisão ou vias paralelas?

O juiz garantista assegura os direitos dos mais fracos nas relações sociais desiguais, mas por outro lado tem a sua atuação censurada pelos liberais, que preferem a força obrigatória do contrato às teorias facultativas da revisão. Para estes, a boa fé consiste no cumprimento da palavra empenhada e as obrigações são assumidas na medida dos interesses de cada um.

Nada mais equivocado do que imaginar que o juiz possa voltar à sua antiga posição de passividade, um

¹⁶ O mercado no modelo de Estado corresponde a uma radicalização do Estado protetor clássico, que originou o Estado do bem-estar social, segundo ROJO, Raúl Enrique. In: *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª *La crisis del Estado de bienestar*. 2000, não publicado.

guardião silente da ordem estabelecida pelos outros. Ainda que sejam respeitadas as esferas de competência de cada um dos poderes, o juiz poderá aplicar politicamente o direito na ausência de uma regulamentação positiva, quando a regra positiva for de criação jurisprudencial ou quando a regra alude ao poder de criação do juiz.¹⁷

Os critérios de valor, que antes fundamentavam as decisões judiciais somente em razão de lacunas legislativas, têm hoje posição hierárquica assegurada no direito positivo. Os princípios gerais do direito constam no art. 7º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, como fator de incorporação de direitos inespecíficos ao patrimônio jurídico do consumidor. Assim também a equidade, que deixa de ser aplicada apenas em situações taxativas, tal como previsto no art. 127, do Código de Processo Civil.

O teor político das decisões judiciais é o mesmo que deve estar presente na formulação da Política Nacional das Relações de Consumo, cujas diretrizes são traçadas no art. 4º, do CDC. Tal política consiste na tomada das decisões que melhor consultam ao interesse público, que nas relações de consumo envolve o equilíbrio e a harmonia dos interesses de fornecedores e consumidores, sempre com base na boa fé e na equidade.

Portanto, a autonomia que a lei assegura às agências reguladoras não derroga nenhuma norma do Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, o exercício político dessa autonomia compromete a atuação da agência com os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo em todas as matérias inter-relacionadas.

5. Conclusão

As agências têm uma missão estratégica a cumprir, que é a de restituir ao Estado o seu papel central, ainda

¹⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40.

que não exclusivo, na produção das regras de regulação do mercado. Dentre outros fatores, o êxito depende da democratização das agências, pautando a sua atuação pela ouvida dos consumidores e inclusive dando a estes o lugar devido na representação social dos seus conselhos e órgãos de deliberação. Assim fazendo, estará a administração pública implementando o direito de consulta, consignado aos consumidores em documentos internacionais.¹⁸

Vista a crise como uma transição entre uma situação esgotada e outra que a sucede, o Estado poderá sair fortalecido do processo de globalização, preenchendo o lugar que lhe cabe com competência e fidelidade aos seus objetivos superiores. A arte de governar atualmente está em manter o equilíbrio entre as pressões extra-estatais, venham elas por cima ou por baixo do Estado, e a proteção social, compromisso irrevogável do Estado, sendo atendidos os princípios de igualdade e justiça.

A política das agências deve ser desenvolvida no sentido do interesse público, compatibilizando a função reguladora com a proteção dos consumidores, dando a eles o amparo que encontraram no judiciário e no Código de Defesa do Consumidor.

Referências:

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Patrice Pierra Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁸ V.g., a Carta do Consumidor, baixada por Resolução do Conselho da Europa em 1973.

DEZALAY, Yves; e TRUBECK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIA, José Eduardo de. *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GOMES, Orlando. O poder legislativo da empresa. In: *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 51-62.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um engate operacional para uma sociologia do direito europeia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 81-104.

PFEIFER, Roberto A. C. Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.º 36. p. 164-175 [172], out.-dez 2000.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16-27.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZOLO. *Apud* ROJO, Raúl Enrique. *Judiciarisation des conflits sociaux et citoyenneté: le cas du Brésil de nos jours*. 2000, não publicado.